

**William Steward Arnold Martin** *Appellant*

v.

**William Hamilton Gray, administrator with will annexed of the estate of John Edwin MacDonald** *Respondent*

INDEXED AS: MACDONALD ESTATE v. MARTIN

File No.: 21469.

1990: May 4; 1990: May 10\*.

Present: Dickson C.J.\*\* and Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Barristers and solicitors — Conflict of interest — Former junior solicitor for appellant joining law firm acting for respondent — Whether law firm may continue to act as solicitors of record for respondent — Test to be applied in determining whether disqualifying conflict of interest exists.*

Respondent brought an action against appellant for an accounting. Appellant's solicitor was assisted by a junior member of his firm who was actively engaged in the case and was privy to many confidences disclosed by appellant to his solicitor. The junior member later joined the law firm which represents respondent in this action. Appellant applied to the provincial superior court for a declaration that the law firm was ineligible to continue to act as solicitors of record for respondent. The court granted the application and ordered the firm removed as solicitors of record. The Court of Appeal reversed that decision. This appeal is to determine the appropriate standard to be applied in deciding whether a law firm should be disqualified from continuing to act in the litigation by reason of a conflict of interest.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per* Dickson C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ.: In determining whether a disqualifying conflict of interest exists, the Court is concerned with three competing values: (1) the concern to maintain the high standards of the legal profession and the integrity of our system of justice; (2) the countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause; and (3) the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. The "probability of mischief" standard, which is the

**William Steward Arnold Martin** *Appellant*

c.

**William Hamilton Gray, administrateur testamentaire de la succession de John Edwin MacDonald** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SUCCESSION MACDONALD c. MARTIN

N° du greffe: 21469.

b 1990: 4 mai; 1990: 10 mai\*.

Présents: Le juge en chef Dickson\*\* et les juges Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

c.

*Avocats et procureurs — Conflits d'intérêts — Entrée d'un avocat junior ayant agi pour l'appellant dans un cabinet agissant pour l'intimé — Le cabinet peut-il continuer à occuper pour l'intimé? — Critère à appliquer pour décider s'il existe un conflit d'intérêts rendant le cabinet inhabile.*

L'intimé a intenté une action en reddition de compte contre l'appellant. Le procureur de l'appellant s'est fait seconder par une avocate junior de son cabinet qui s'est occupée activement du dossier et a été mise dans le secret de bien des confidences faites par l'appellant à son procureur. Cette dernière s'est jointe par la suite au cabinet qui occupe pour l'intimé dans la présente action. L'appellant a demandé à la cour supérieure provinciale de déclarer le cabinet inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé. La cour a fait droit à la demande et ordonné que l'inscription du cabinet au dossier soit rayée. La Cour d'appel a infirmé cette décision. Le présent pourvoi vise à déterminer la norme à appliquer pour décider si un cabinet doit être déclaré inhabile à continuer d'occuper pour son client dans l'action pour raison de conflit d'intérêts.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges La Forest, Sopinka et Gonthier: Pour décider s'il existe un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité, la Cour doit prendre en considération trois valeurs en même temps: 1) le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire; 2) en contrepois, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix; 3) la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. La

\* Reasons delivered December 20, 1990.

\*\* Chief Justice at the time of hearing.

\* Motifs rendus le 20 décembre 1990.

\*\* Juge en chef au moment de l'audience.

traditional English test, is not sufficiently high to satisfy the public requirement that there be an appearance of justice. The use of confidential information is a matter usually not susceptible of proof, and the test must therefore be such that the public represented by the reasonably informed person would be satisfied that no use of confidential information would occur. Two questions must be answered: (1) Did the lawyer receive confidential information attributable to a solicitor and client relationship relevant to the matter at hand? (2) Is there a risk that it will be used to the prejudice of the client? In answering the first question American courts have adopted the "substantial relationship" test: once it is established that there is a "substantial relationship" between the matter out of which the confidential information is said to arise and the matter at hand, there is an irrebuttable presumption that confidential information was imparted to the lawyer. This test is too rigid, however. Rather, once it is shown by the client that there existed a previous relationship which is sufficiently related to the retainer from which it is sought to remove the solicitor, the court should infer that confidential information was imparted unless the solicitor satisfies the court that no information was imparted which could be relevant. The degree of satisfaction must withstand the scrutiny of the reasonably informed member of the public. This will be a difficult burden to discharge.

In answering the second question, whether the confidential information will be misused, a lawyer who has relevant confidential information is automatically disqualified from acting against a client or former client. With respect to the partners or associates in the firm, the concept of imputed knowledge is unrealistic in the era of the mega-firm. The court should therefore draw the inference that lawyers who work together share confidences, unless satisfied on the basis of clear and convincing evidence, that all reasonable measures have been taken to ensure that no disclosure will occur by the "tainted" lawyer to the member or members of the firm who are engaged against the former client. Such reasonable measures would include institutional mechanisms such as Chinese Walls and cones of silence. Until the governing bodies of the legal profession have approved of these and adopted rules with respect to their operation, it is unlikely that a court would accept them as evidence of effective screening. Undertakings and conclusory statements in affidavits are not sufficient, since affidavits of lawyers are difficult to verify objectively and the public is not likely to be satisfied without some

«probabilité de préjudice», qui est le critère anglais traditionnel, n'est pas une norme assez exigeante pour assurer à la justice ce caractère apparent que le public exige d'elle. L'utilisation de renseignements confidentiels est habituellement impossible à prouver et le critère retenu doit donc tendre à convaincre le public, c'est-à-dire une personne raisonnablement informée, qu'il ne sera fait aucun usage de renseignements confidentiels. Il faut répondre à deux questions: 1) L'avocat a-t-il appris, grâce à des rapports antérieurs d'avocat à client, des faits confidentiels relatifs à l'objet du litige? 2) Y a-t-il un risque que ces renseignements soient utilisés au détriment du client? Les tribunaux américains ont répondu à la première question en appliquant le critère du «lien important»: dès qu'il est établi qu'il y a un «lien important» entre la question qui serait à l'origine du renseignement confidentiel et la question en litige, il existe une présomption irréfragable selon laquelle l'avocat a appris des faits confidentiels. Ce critère est cependant trop rigide. Il convient plutôt de dire que, dès que le client a prouvé l'existence d'un lien antérieur dont la connexité avec le mandat dont on veut priver l'avocat est suffisante, un tribunal doit en inférer que des renseignements confidentiels ont été transmis, sauf si l'avocat convainc le tribunal qu'aucun renseignement pertinent n'a été communiqué. La conviction doit être telle qu'un membre du public raisonnablement informé en serait également persuadé. Il sera difficile de s'acquitter du fardeau de la preuve.

Pour répondre à la deuxième question, savoir le mauvais usage qui pourrait être fait des renseignements confidentiels, un avocat qui a appris des faits confidentiels pertinents ne peut pas agir contre un client ou un ancien client. En ce qui concerne les associés d'un cabinet, le concept de connaissance présumée est irréaliste à l'ère des mégacabinets. Un tribunal doit donc tirer la conclusion que les avocats qui travaillent ensemble échangent des renseignements confidentiels, sauf s'il est persuadé, par des preuves claires et convaincantes, que toutes les mesures raisonnables ont été prises pour veiller à ce que l'avocat en cause ne divulgue rien aux membres du cabinet qui agissent contre son ancien client. Parmi ces mesures raisonnables, on pourrait compter des mécanismes institutionnels comme les murailles de Chine et les cônes de silence. Jusqu'à ce que les organes directeurs de la profession les aient approuvés et aient adopté les règles régissant leur fonctionnement, il est improbable qu'un tribunal les accepte comme preuve suffisante d'une protection efficace. Les engagements et affirmations catégoriques contenus dans des affidavits ne sont pas suffisants parce que les affidavits des avocats sont difficiles à vérifier objectivement et qu'il est peu probable que le public soit convaincu s'il n'a

additional guarantees that confidential information will under no circumstances be used.

In this case the lawyer actively worked on the very case in respect of which her new firm is acting against her former client, and she is therefore in possession of relevant confidential information. With respect to misuse of the information, there is nothing in the affidavits filed to indicate that any independently verifiable steps were taken by the firm to implement any kind of screening, and the firm may therefore not continue to act.

*Per Wilson, L'Heureux-Dubé and Cory JJ.:* Where a lawyer who has had a substantial involvement with a client in an ongoing contentious matter joins another law firm which is acting for an opposing party, there is an irrebuttable presumption that the knowledge of such lawyer, including confidential information disclosed to him or her by the former client, has become the knowledge of the new firm. Such an irrebuttable presumption is essential to preserve public confidence in the administration of justice.

Neither the merger of law firms nor the mobility of lawyers can be permitted to affect adversely the public's confidence in the judicial system. At this time, when the work of the courts is having a very significant impact upon the lives and affairs of all Canadians, it is fundamentally important that justice not only be done, but appear to be done in the eyes of the public. While the necessity of selecting new counsel will certainly be inconvenient and worrisome to clients, and reasonable mobility may well be important to lawyers, the integrity of the judicial system is of such fundamental importance that it must be the predominant consideration. Our judicial system cannot function properly if doubt or suspicion exists in the mind of the public that the confidential information disclosed by a client to a lawyer might be revealed. No matter what form of restrictions were sought to be imposed on individual lawyers and law firms involved, the public would, quite properly, remain skeptical of their efficacy since lawyers in the same firm meet frequently and have numerous opportunities for the private exchange of confidential information.

#### Cases Cited

By Sopinka J.

**Not followed:** *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831; **referred to:** *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167, aff'd (1987), 51 Man. R. (2d) 207; *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24

d'autres garanties que les renseignements confidentiels ne seront jamais utilisés.

En l'espèce, l'avocate a travaillé activement au dossier à l'égard duquel le nouveau cabinet qui l'emploie agit contre son ancien client et elle a donc appris des faits confidentiels pertinents. Quant au mauvais usage des renseignements, les affidavits n'indiquent nullement que le cabinet ait pris des mesures vérifiables de façon indépendante pour mettre en œuvre quelque mécanisme de protection que ce soit et le cabinet ne peut donc continuer d'agir.

*Les juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Cory:* Quand un avocat, qui s'est engagé substantiellement auprès d'un client dans une affaire contentieuse en cours, se joint à un autre cabinet qui occupe pour une partie adverse, il existe une présomption irréfragable que ce qui est connu de cet avocat, y compris les renseignements confidentiels que lui a confiés l'ancien client, est désormais connu du nouveau cabinet. Une telle présomption irréfragable est essentielle pour préserver la confiance du public dans l'administration de la justice.

On ne saurait permettre que la fusion des cabinets d'avocats, ou la mobilité au sein de la profession, viennent entamer la confiance du public dans le système judiciaire. À l'époque actuelle, le travail des tribunaux a des répercussions très importantes sur la vie et les activités de tous les Canadiens. Il est donc fondamentalement important qu'aux yeux du public, la justice soit non seulement rendue, mais qu'il soit évident qu'elle est rendue. Bien que la nécessité de choisir un autre avocat cause certainement des inconvénients et des soucis au client et que la mobilité professionnelle puisse être jugée importante par les avocats, l'intégrité du système judiciaire revêt une importance tellement fondamentale qu'elle doit être tenue pour le facteur décisif. Notre système judiciaire ne peut pas fonctionner normalement si le public se demande si les renseignements confidentiels communiqués par un client à un avocat seront divulgués ou s'il soupçonne qu'ils pourraient l'être. Peu importe les limites que l'on aurait cherché à imposer aux avocats et aux cabinets en cause, le public, à juste titre, resterait sceptique à leur endroit, puisque les avocats au sein d'un cabinet se rencontrent souvent et ont fréquemment la possibilité d'échanger des renseignements confidentiels.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt non suivi:** *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831; **arrêts mentionnés:** *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167, conf. (1987), 51 Man. R. (2d) 207; *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht*

- Man. R. (2d) 228; *Re a Solicitor*, unreported, Chancery Division, March 31, 1987, summarized at 131 Sol. J. 1063; *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (1981); *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983); *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (1955); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322, certiorari denied, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (1955), certiorari denied, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (1977), aff'd mem., 573 F.2d 1310, certiorari denied, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (1958); *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118; *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95; *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843; *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236; *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117; *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270; *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133; *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638, aff'd in part (1985), 15 D.L.R. (4th) 639; *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67; *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326; *Thomson v. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782; *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255, aff'd (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12; *Farmers Mutual Petroleum Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618; *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748; *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664; *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703; *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797; *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151; *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, unreported, British Columbia Supreme Court, June 26, 1985; *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157.
- (1983), 24 Man. R. (2d) 228; *Re a Solicitor*, inédit, Chancery Division, 31 mars 1987, résumé à 131 Sol. J. 1063; *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (1981); *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983); *Novo Terapeutisk Laboratorium A/S v. Baxter Travenol Laboratories, Inc.*, 607 F.2d 186 (1955); *Akerly v. Red Barn System, Inc.*, 551 F.2d 539 (1977); *Gas-A-Tron of Arizona v. Union Oil Co. of California*, 534 F.2d 1322, certiorari refusé, 429 U.S. 861 (1976); *Silver Chrysler Plymouth, Inc. v. Chrysler Motors Corp.*, 518 F.2d 751 (1975); *Laskey Bros. of W. Va., Inc. v. Warner Bros. Pictures*, 224 F.2d 824 (1955), certiorari refusé, 350 U.S. 932 (1956); *City of Cleveland v. Cleveland Electric Illuminating Co.*, 440 F. Supp. 193 (1977), conf. mem., 573 F.2d 1310, certiorari refusé, 435 U.S. 996 (1977); *Fleischer v. A.A.P., Inc.*, 163 F. Supp. 548 (1958); *D & J Constructions Pty. Ltd. v. Head* (1987), 9 N.S.W.L.R. 118; *National Mutual Holdings Pty. Ltd. v. Sentry Corp.* (1989), 87 A.L.R. 539; *In the Marriage of Thevanaz* (1986), 11 Fam. L.R. 95; *Re the Marriage of R.P. and A.A. Gagliano* (1989), 12 Fam. L.R. 843; *Steed & Evans Ltd. v. MacTavish* (1976), 12 O.R. (2d) 236; *Canada Southern Railway Co. v. Kingsmill, Jennings* (1978), 8 C.P.C. 117; *Falls v. Falls* (1979), 12 C.P.C. 270; *Goldberg v. Goldberg* (1982), 141 D.L.R. (3d) 133; *Lukic v. Urquhart* (1984), 11 D.L.R. (4th) 638, conf. en partie (1985), 15 D.L.R. (4th) 639; *O'Dea v. O'Dea* (1987), 68 Nfld. & P.E.I.R. 67; *Fisher v. Fisher* (1986), 76 N.S.R. (2d) 326; *Thomson c. Smith Mechanical Inc.*, [1985] C.S. 782; *Canada v. Consortium Designers Inc.* (1988), 72 Nfld. & P.E.I.R. 255, conf. (1989), 80 Nfld. & P.E.I.R. 12; *Farmers Mutual Petroleum Ltd. v. United States Smelting, Refining & Mining Co.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 618; *R. v. Burkinshaw* (1967), 60 D.L.R. (2d) 748; *Devco Properties Ltd. v. Sunderland*, [1977] 2 W.W.R. 664; *Mercator Enterprises Ltd. v. Mainland Investments Ltd.* (1978), 29 N.S.R. (2d) 703; *Christo v. Bevan* (1982), 36 O.R. (2d) 797; *Schmeichel v. Saskatchewan Mining Development Corp.*, [1983] 5 W.W.R. 151; *International Electronics Corp. v. Woodside Developments Ltd.*, inédit, Cour suprême de la Colombie-Britannique, 26 juin 1985; *Davey v. Woolley, Hames, Dale & Dingwall* (1982), 35 O.R. (2d) 599; *United States Surgical Corp. v. Downs Surgical Canada Ltd.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 157.

By Cory J.

**Followed:** *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983).

#### Authors Cited

Canadian Bar Association. *Code of Professional Conduct*. Adopted August 25, 1974.

Dean, Miriam R. and Christopher F. Finlayson. "Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?," [1990] *N.Z.L.J.* 43.

"Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession" (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247.

Kryworuk, Peter William. "Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense" (1985), 45 *C.P.C.* 1.

Steele, Graham. "Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation'" (1990), 12 *Adv. Q.* 46.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1989), 57 Man. R. (2d) 161, 58 D.L.R. (4th) 67, [1989] 3 W.W.R. 653, reversing the judgment of the Court of Queen's Bench granting a declaration that a firm of lawyers was ineligible to continue to act as solicitors of record for the respondent and removing the firm as solicitors of record. Appeal allowed.

*R. A. Dewar* and *R. A. Watchman*, for the appellant.

*A. D. MacInnes, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and La Forest, Sopinka and Gonthier JJ. was delivered by

SOPINKA J.—This appeal is concerned with the standard to be applied in the legal profession in determining what constitutes a disqualifying conflict of interest. The issue arose in the context of a lawsuit in which a former junior solicitor for the appellant transferred her employment to the law firm acting for the respondent.

#### Facts

The respondent, Gray, is the plaintiff in an action for an accounting against the appellant and Rossmere Holdings. In 1983, the appellant retained the services of A. Kerr Twaddle, Q.C.,

Citée par le juge Cory

**Arrêt suivi:** *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (1983).

#### a Doctrine citée

Association du Barreau canadien. *Code de déontologie professionnelle*. Adopté le 25 août 1974.

Dean, Miriam R. and Christopher F. Finlayson. «Conflicts of interest: When may a lawyer act against a former client?», [1990] *N.Z.L.J.* 43.

«Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession» (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247.

Kryworuk, Peter William. «Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense» (1985), 45 *C.P.C.* 1.

Steele, Graham. «Imputing Knowledge From One Member of a Firm to Another: 'Lead Us Not Into Temptation' » (1990), 12 *Adv. Q.* 46.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1989), 57 Man. R. (2d) 161, 58 D.L.R. (4th) 67, [1989] 3 W.W.R. 653, qui a infirmé un jugement de la Cour du Banc de la Reine qui avait déclaré qu'un cabinet d'avocats était inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé et avait rayé l'inscription du cabinet au dossier. Pourvoi accueilli.

*R. A. Dewar* et *R. A. Watchman*, pour l'appellant.

*A. D. MacInnes, c.r.*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges La Forest, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE SOPINKA—Ce pourvoi concerne la norme qui régit la conduite des avocats en matière de conflit d'intérêts. Il s'agit de déterminer dans quel cas l'avocat sera inhabile à occuper pour son client. La question s'est posée dans le contexte d'un procès au cours duquel une avocate junior représentant l'appellant a changé d'emploi et a été engagée par le cabinet d'avocats occupant pour l'intimé.

#### Les faits

L'intimé Gray était le demandeur dans une action en reddition de compte contre l'appellant et Rossmere Holdings. En 1983, l'appellant a retenu les services d'A. Kerr Twaddle, c.r., qui a exercé la

who served in the capacity of solicitor and counsel until his appointment to the bench in 1985. While acting for the appellant, Twaddle was assisted by Kristin Dangerfield, a graduate articulated student and later a junior member of his firm. She was actively engaged in the case and was privy to many confidences disclosed by the appellant to Twaddle. Dangerfield was in attendance at numerous meetings between Mr. Twaddle and the appellant Martin, assisted in the preparation of many documents, prepared and attended examinations for discovery, was present when a settlement was discussed by the parties and during discussions of a settlement with representatives of the law firm of Thompson, Dorfman, Sweatman, and participated in the taking of *de bene esse* evidence. Upon Twaddle's appointment to the bench in 1985, Dangerfield joined the firm of Scarth, Dooley. Eight out of eleven members of that firm, including Dangerfield, joined the Thompson firm in 1987. The Thompson firm represents the respondent in this action.

Both Dangerfield and senior members of Thompson, Dorfman, Sweatman have sworn affidavits that the case has not been discussed since Dangerfield joined the firm and will not be discussed.

The appellant brought an application in the Court of Queen's Bench in which he sought a declaration that the Thompson firm was ineligible to continue to act as solicitors of record for the respondent and an order removing that firm as solicitors of record. Hanssen J. allowed the application.

The respondent's appeal from the decision of the motions judge was allowed by the Court of Appeal of Manitoba, Monnin C.J.M. dissenting: (1989), 57 Man. R. (2d) 161.

### Judgments

#### *Court of Queen's Bench*

Hanssen J., the motions judge, observed that the respondent's right to retain counsel of his choice is

profession d'avocat jusqu'à sa nomination à la magistrature en 1985. Pour remplir le mandat que lui avait confié l'appellant, Twaddle s'est fait seconder par Kristin Dangerfield, stagiaire diplômée qui est devenue par la suite employée de son cabinet. Elle s'est occupée activement du dossier et a été mise dans le secret de bien des confidences faites par l'appellant à Twaddle. Dangerfield a assisté à de nombreuses réunions entre Twaddle et l'appellant Martin, a aidé à la rédaction de nombre de documents, a préparé des interrogatoires préalables et y a assisté; elle était présente quand les parties ont discuté d'un règlement amiable et quand la possibilité d'un règlement amiable a été discutée avec des représentants du cabinet Thompson, Dorfman, Sweatman. Elle a en outre apporté sa collaboration lorsque des témoignages ont été recueillis *de bene esse*. Au moment de la nomination de Twaddle à la magistrature, Dangerfield est entrée dans le cabinet Scarth, Dooley. Huit des onze avocats qui formaient ce cabinet, dont Dangerfield, se sont joints au cabinet Thompson en 1987. Ce cabinet occupe pour l'intimé dans la présente action.

Dangerfield et les associés principaux de Thompson, Dorfman, Sweatman ont déclaré sous serment que le dossier n'avait pas fait l'objet de discussions depuis que Dangerfield est entrée dans le cabinet et qu'il n'en ferait pas l'objet non plus.

L'appellant a demandé à la Cour du Banc de la Reine de déclarer le cabinet Thompson inhabile à continuer d'occuper pour l'intimé et d'ordonner que son inscription au dossier soit rayée. Le juge Hanssen a fait droit à la demande.

La Cour d'appel du Manitoba a fait droit à l'appel interjeté par l'intimé de la décision du juge qui avait entendu la requête. Le juge en chef Monnin a exprimé sa dissidence: (1989), 57 Man. R. (2d) 161.

### Jugements

#### *Cour du Banc de la Reine*

Le juge Hanssen, qui a statué sur la requête, a fait observer que le droit de l'intimé de retenir les

not an absolute right but, rather, it is subject to reasonable limits. In his view, the court has a duty not only to the parties to the litigation but also to the public "to ensure that lawyers observe the highest standards of professional conduct with respect to cases before the court". Where those high standards are not observed, the Court has jurisdiction to intervene and remove a lawyer from the record. In granting the order requested, the motions judge applied the principles enunciated by *Jewers J. in Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167 (Q.B.), *aff'd* (1987), 51 Man. R. (2d) 207 (C.A.).

Hanssen J. stated that, while he was satisfied that Dangerfield had not passed on confidential information to other members of the Thompson firm and that the likelihood of her so doing, either intentionally or unintentionally, was remote, the appearance of conflict or possible impropriety had to be avoided. In his opinion, there was an obvious conflict of interest and the continued participation of the Thompson firm as solicitors of record "would constitute a threat to the integrity of the trial and create the appearance of impropriety".

#### *Court of Appeal*

##### Monnin C.J.M. (dissenting)

The Chief Justice agreed with the conclusion of the trial judge that there was, in the circumstances, a conflict of interest. He found no reason to distinguish between the confidences obtained by either a senior or a junior counsel as both are members of the profession and bound by the rules of secrecy. In his view, the *Morton* decision was applicable in the circumstances of the case at bar. While the test propounded in that case may be a rigid one, it is a test which is clear and easily applied.

##### Huband J.A.

Huband J.A. was of the view that there is no absolute rule to the effect that, where there is an appearance of impropriety, the solicitor involved in

services de l'avocat de son choix n'est pas absolu, mais qu'il peut être restreint dans des limites raisonnables. À son avis, le tribunal a l'obligation non seulement envers les parties en litige mais encore envers le public de [TRADUCTION] «veiller à ce que les avocats se conforment à la norme de conduite la plus stricte lorsqu'ils s'occupent de litiges soumis aux tribunaux». S'il constate que cette norme très rigoureuse n'a pas été observée, le tribunal est compétent pour intervenir et priver un avocat du droit de représenter une partie. Pour faire droit à la demande, le juge s'est appuyé sur les principes énoncés par le juge Jewers dans l'affaire *Morton v. Asper* (1987), 49 Man. R. (2d) 167 (B.R.), *conf.* (1987), 51 Man. R. (2d) 207 (C.A.).

Bien que persuadé que Dangerfield n'avait pas communiqué de renseignements confidentiels à d'autres avocats du cabinet Thompson et qu'il était peu probable qu'elle le fit, intentionnellement ou non, le juge Hanssen a dit qu'il fallait éviter tout conflit ou écart de conduite possible, même s'il n'était qu'apparent. À son avis, l'existence d'un conflit d'intérêts était évidente et le cabinet Thompson, en continuant d'occuper pour ce client, [TRADUCTION] «compromettrait l'intégrité du procès et donnerait lieu à une apparence de manquement à la déontologie».

#### *Cour d'appel*

##### Le juge en chef Monnin (dissent)

Le Juge en chef a approuvé la conclusion du juge du procès. Il y avait selon lui conflit d'intérêts en l'occurrence. Il ne voyait aucune raison d'établir une distinction entre les faits confidentiels appris par un avocat principal et ceux appris par un avocat junior, car tous deux exercent la même profession et sont tenus au secret. D'après lui, la décision *Morton* était applicable en l'espèce. Certes, le critère retenu dans cette cause est rigide, mais il a le mérite d'être clair et facile d'application.

##### Le juge Huband

Le juge Huband a considéré qu'aucune règle absolue n'exigeait, en cas de manquement apparent à la déontologie, que l'avocat apparemment

the apparent conflict must be declared ineligible. He observed that the only absolute rule is that information given by a client to a solicitor must remain confidential. Beyond that absolute rule, however, each case must be considered on its facts: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831.

In arriving at his conclusion, Huband J.A. distinguished on its facts the decision in *Morton*. He stated that, while there could be cases where appearances alone might be determinative, a case such as *Morton* constitutes an exception to the general rule and does not establish a principle of law giving rise to a new rule, general or absolute. In the circumstances of the case at bar, "where there is no real danger of prejudice or impropriety, where the nature of the litigation is complex, and where a sense of confidence has developed between the client and his solicitors as a consequence of a six year relationship, this factor deserves additional consideration" (p. 171).

#### Philp J.A. (concurring with Huband J.A.)

Philp J.A. agreed with the conclusion arrived at by Huband J.A. and substantially with his reasons. He added, however, that he had been a member of the Court of Appeal which upheld the decision of Jewers J. in *Morton*. In his view, Jewers J. did not pronounce or apply a test or rule to be automatically and rigidly applied regardless of the circumstances in which impropriety or unfairness is alleged to exist. Jewers J. had considered the nature of the litigation, the extent to which it had progressed and the inconvenience and the expense to be suffered by the party required to retain and instruct new counsel. In his opinion, Jewers J. had come to the correct conclusion on the facts before him. He found, in the circumstances, that Hanssen J. erred in holding that "the appearance of fairness is the overriding consideration".

#### The Issue

The sole issue in this appeal is the appropriate standard to be applied in determining whether Thompson, Dorfman, Sweatman are disqualified

dans une situation de conflit soit déclaré inhabile. Il a fait remarquer qu'il n'existait qu'une seule règle absolue et qu'elle disposait que tout renseignement communiqué par un client à son avocat devait demeurer confidentiel. Cette règle absolue mise à part, chaque cas est un cas d'espèce: *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, [1912] 1 Ch. 831.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Huband a estimé que l'affaire *Morton* ne présentait pas les mêmes caractéristiques que le cas présent. Il a dit que, bien que parfois les apparences puissent être en soi déterminantes, un cas comme celui de *Morton* constituait une exception à la règle générale et qu'il ne saurait donner naissance à un principe de droit susceptible de fonder une nouvelle règle, générale ou absolue. Vu les circonstances de l'affaire, [TRADUCTION] «en l'absence de danger réel de préjudice ou de manquement à la déontologie, comme le litige est complexe et qu'une relation de confiance de six années s'est établie entre le client et ses avocats, il y a lieu d'apprécier ce facteur sous un autre jour» (p. 171).

#### Le juge Philp (a souscrit à l'avis du juge Huband)

Le juge Philp a approuvé la conclusion tirée par le juge Huband et souscrit pour l'essentiel à ses motifs. Il a cependant ajouté qu'il était l'un des juges de la Cour d'appel qui avaient confirmé la décision du juge Jewers dans l'affaire *Morton*. À son avis, le juge Jewers n'avait pas énoncé ni appliqué un critère ou une règle à suivre de façon automatique et rigide, sans égard aux circonstances dans lesquelles un manquement à la déontologie ou un résultat inéquitable se seraient produits. Le juge Jewers avait tenu compte de la nature du litige, de l'avancement de la procédure, ainsi que des inconvénients et des frais que devrait supporter la partie obligée de retenir les services d'un autre avocat. À son avis, le juge Jewers avait déduit de son analyse des faits la conclusion qui s'imposait. Il en a conclu qu'en l'espèce, le juge Hanssen avait décidé à tort que [TRADUCTION] «l'apparence de loyauté [était] le facteur décisif».

#### La question en litige

La seule question en litige dans ce pourvoi est la norme qu'il convient d'appliquer pour décider si Thompson, Dorfman, Sweatman doivent être



from continuing to act in this litigation by reason of a conflict of interest.

### Legal Ethics—Policy Considerations

In resolving this issue, the Court is concerned with at least three competing values. There is first of all the concern to maintain the high standards of the legal profession and the integrity of our system of justice. Furthermore, there is the countervailing value that a litigant should not be deprived of his or her choice of counsel without good cause. Finally, there is the desirability of permitting reasonable mobility in the legal profession. The review of the cases which follows will show that different standards have been adopted from time to time to resolve the issue. This reflects the different emphasis placed at different times and by different judges on the basic values outlined above.

The legal profession has changed with the changes in society. One of the changes that is most evident in large urban centers is the virtual disappearance of the sole practitioner and the tendency to larger and larger firms. This is a product of a number of factors including a response to the demands of large corporate clients whose multifaceted activities require an all-purpose firm with sufficient numbers in every area of expertise to serve their needs. With increase in size come increasing demands for management of a law firm in accordance with the corporate model. These changes in the composition and management practices of law firms are reflected in changes to ethical practices of the profession. Some of the old practices have been swept aside as anachronistic, perhaps with justification. Advertising to inform the public in a tasteful way of the services provided by a firm and of its fee schedule is but one example.

Merger, partial merger and the movement of lawyers from one firm to another are familiar features of the modern practice of law. They bring with them the thorny problem of conflicts of inter-

déclarés inhabiles à continuer d'occuper pour leur client dans cette action pour raison de conflit d'intérêts.

### a Déontologie de la profession d'avocat—Principes généraux

Pour résoudre cette question, la Cour doit prendre en considération au moins trois valeurs en présence. Au premier rang se trouve le souci de préserver les normes exigeantes de la profession d'avocat et l'intégrité de notre système judiciaire. Vient ensuite en contrepoids, le droit du justiciable de ne pas être privé sans raison valable de son droit de retenir les services de l'avocat de son choix. Enfin, il y a la mobilité raisonnable qu'il est souhaitable de permettre au sein de la profession. L'examen que nous allons faire de la jurisprudence montrera que des critères divergents ont été retenus au fil des ans pour trancher la question. C'est dire que les juges n'ont pas toujours accordé aux valeurs précitées la même importance selon les époques.

L'évolution de la profession d'avocat a suivi celle de la société. L'un des changements les plus évidents observés dans les grandes agglomérations est la quasi-disparition de l'avocat exerçant seul et la multiplication des grands cabinets. Nombre de facteurs ont contribué à ce résultat, dont les demandes exprimées par les grandes sociétés aux multiples activités, qui font appel à des cabinets formés de spécialistes de toutes les disciplines en nombre suffisant pour répondre à leurs besoins. Plus un cabinet élargit ses cadres, plus il lui faut adopter des méthodes de gestion modelées sur celles de la grande entreprise. Ces changements dans la composition et dans les méthodes de gestion des cabinets se traduisent par de nouvelles conceptions de la déontologie de la profession. Certaines pratiques anciennes ont été jugées anachroniques, et abandonnées, peut-être à juste titre. On peut citer l'exemple de la publicité de bon goût, destinée à renseigner le public sur les services et le tarif des honoraires d'un cabinet.

La fusion, totale ou partielle, et le déplacement des avocats d'un cabinet à un autre sont des caractéristiques bien connues de l'exercice moderne de la profession. Ces opérations entraînent le problè-

est. When one of these events is planned, consideration must be given to the consequences which will flow from loss of clients through conflicts of interest. To facilitate this process some would urge a slackening of the standard with respect to what constitutes a conflict of interest. In my view, to do so at the present time would serve the interest of neither the public nor the profession. The legal profession has historically struggled to maintain the respect of the public. This has been so notwithstanding the high standards that, generally, have been maintained. When the management, size of law firms and many of the practices of the legal profession are indistinguishable from those of business, it is important that the fundamental professional standards be maintained and indeed improved. This is essential if the confidence of the public that the law is a profession is to be preserved and hopefully strengthened. Nothing is more important to the preservation of this relationship than the confidentiality of information passing between a solicitor and his or her client. The legal profession has distinguished itself from other professions by the sanctity with which these communications are treated. The law, too, perhaps unduly, has protected solicitor and client exchanges while denying the same protection to others. This tradition assumes particular importance when a client bares his or her soul in civil or criminal litigation. Clients do this in the justifiable belief that nothing they say will be used against them and to the advantage of the adversary. Loss of this confidence would deliver a serious blow to the integrity of the profession and to the public's confidence in the administration of justice.

An important statement of public policy with respect to the conduct of barrister and solicitor is contained in the professional ethics codes of the governing bodies of the profession. The legal profession is self-governing. In each province there is a governing body usually elected by the lawyers practising in the province. The governing body enacts rules of professional conduct on behalf of those it represents. These rules must be taken as expressing the collective views of the profession as to the appropriate standards to which the profession should adhere.

me épineux des conflits d'intérêts. Lorsqu'elles sont envisagées, il faut en étudier les répercussions dans l'optique de la perte de clients que causeront les conflits d'intérêts. D'aucuns, pour faciliter ces opérations, préconisent l'assouplissement de la norme régissant les conflits d'intérêts. À mon sens, un tel assouplissement ne servirait pas, à l'heure actuelle, les intérêts du public, ni ceux de la profession. Les avocats ont constamment dû lutter pour conserver le respect du public et ceci malgré le maintien, en règle générale, de normes exigeantes. À une époque où la gestion, la taille et nombre des usages des cabinets ne se différencient pas de ceux des entreprises commerciales, il importe de maintenir, voire de renforcer, les normes professionnelles fondamentales. C'est une mesure essentielle à la préservation et, espérons-le, à l'augmentation de la confiance du public dans l'intégrité de la profession d'avocat. Pour garder cette confiance, il importe, au premier chef, que les communications entre l'avocat et son client soient confidentielles. La profession d'avocat s'est distinguée des autres professions par l'inviolabilité du secret professionnel. La loi aussi, peut-être indûment, a protégé le secret professionnel des avocats mais non celui d'autres professionnels. Cette tradition revêt une importance particulière dans tous les cas où un client se confie à son avocat en vue d'un procès au civil ou au pénal. Les clients agissant ainsi en toute légitime confiance que les faits qu'ils confient ne pourront pas servir contre eux et au bénéfice de l'adversaire. La perte de cette confiance porterait gravement atteinte à l'intégrité de la profession et déconsidérerait l'administration de la justice.

Les codes de déontologie des divers barreaux du pays constituent un important énoncé de principes à l'égard des devoirs professionnels des avocats. La profession d'avocat est autonome. Dans chaque province, il existe un organe directeur, habituellement élu par les membres exerçant dans la province. Cet organe établit des règles de déontologie professionnelle au nom des membres. Ces règles sont censées représenter le point de vue des membres sur les normes qui doivent régir la profession.

While there exists no national law society, the Canadian Bar Association, a national society representing lawyers across the country, adopted a Code of Professional Conduct in 1974. The Code has been adopted by the Law Society of Manitoba and by the Law Societies of other provinces. Chapter V, entitled "Impartiality and Conflict of Interest", commences with the following rule:

The lawyer must not advise or represent both sides of a dispute and, save after adequate disclosure to and with the consent of the client or prospective client concerned, he should not act or continue to act in a matter when there is or there is likely to be a conflicting interest. A conflicting interest is one which would be likely to affect adversely the judgment of the lawyer on behalf of or his loyalty to a client or prospective client or which the lawyer might be prompted to prefer to the interests of a client or prospective client.

The rule is followed by thirteen commentaries. The most relevant of these are Commentaries 11 and 12, which state:

11. A lawyer who has acted for a client in a matter should not thereafter act against him (or against persons who were involved in or associated with him in that matter) in the same or any related matter, or place himself in a position where he might be tempted or appear to be tempted to breach the Rule relating to Confidential Information. It is not, however, improper for the lawyer to act against a former client in a fresh and independent matter wholly unrelated to any work he has previously done for that person.

12. For the sake of clarity the foregoing paragraphs are expressed in terms of the individual lawyer and his client. However it will be appreciated that the term "client" includes a client of the law firm of which the lawyer is a partner or associate whether or not he handles the client's work.

A code of professional conduct is designed to serve as a guide to lawyers and typically it is enforced in disciplinary proceedings. See, for example, *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24 Man. R. (2d) 228 (C.A.). The courts, which have inherent jurisdiction to remove from the record solicitors who have a conflict of interest, are not bound to apply a code of ethics. Their jurisdiction stems from the fact that lawyers are officers of the court and their conduct in legal proceedings which may affect the administration of justice is subject to this supervisory jurisdiction.

Certes, il n'existe pas de barreau national, mais l'Association du Barreau canadien, qui représente des avocats de toutes les régions du pays, a adopté un Code de déontologie professionnelle en 1974. Ce code a été adopté par le Barreau du Manitoba et par les barreaux d'autres provinces. Le chapitre V, intitulé «L'impartialité et les conflits d'intérêts», commence par la règle suivante:

L'avocat ne doit pas conseiller ou représenter deux parties opposées et, à moins qu'il n'en ait dûment averti son client, actuel ou éventuel, et obtenu son consentement, il doit refuser toute affaire susceptible de le mettre en conflit d'intérêts. Il y a conflit d'intérêts lorsque les intérêts en présence sont tels que l'avocat pourrait être porté à préférer certains d'entre eux à ceux d'un client actuel ou éventuel ou qu'il serait à craindre que son jugement et sa loyauté envers celui-ci puissent en être défavorablement affectés.

La règle est suivie de treize commentaires, dont les plus pertinents sont les n<sup>os</sup> 11 et 12:

11. L'avocat qui a agi pour un client ne doit pas, normalement, agir ultérieurement contre lui (ou contre des personnes qui s'étaient engagées ou associées avec le client) dans la même affaire ou une affaire connexe, ou se placer dans une position telle qu'il pourrait être tenté de violer le secret professionnel. Mais il est parfaitement licite pour un avocat d'agir contre un ancien client dans une affaire totalement nouvelle, sans aucun rapport avec les services qu'il aurait pu rendre antérieurement à cette personne.

12. Pour plus de clarté, les paragraphes ci-dessus parlent de l'avocat pris individuellement et de son client. Mais on conçoit que le terme «client» doive s'entendre aussi d'un client du *cabinet* dont fait partie l'avocat à un titre ou à un autre, qu'il soit personnellement appelé ou non à représenter ce client.

Un code de déontologie contient des lignes directrices dont la transgression est, en règle générale, sanctionnée par des mesures disciplinaires. Voir, par exemple, *Law Society of Manitoba v. Giesbrecht* (1983), 24 Man. R. (2d) 228 (C.A.). Les tribunaux, qui ont le pouvoir inhérent de priver un avocat du droit d'occuper pour une partie en cas de conflit d'intérêts, ne sont pas tenus d'appliquer un code de déontologie. Leur compétence repose sur le fait que les avocats sont des auxiliaires de la justice et que le comportement de ceux-ci à l'occasion de procédures judiciaires, dans la mesure où il

Nonetheless, an expression of a professional standard in a code of ethics relating to a matter before the court should be considered an important statement of public policy. The statement in Chapter V should therefore be accepted as the expression by the profession in Canada that it wishes to impose a very high standard on a lawyer who finds himself or herself in a position where confidential information may be used against a former client. The statement reflects the principle that has been accepted by the profession that even an appearance of impropriety should be avoided.

### The Law

The law in Canada and in other jurisdictions has adopted one of two basic approaches in determining whether a disqualifying conflict of interest exists: (1) the probability of real mischief, or (2) the possibility of real mischief. The term "mischief" refers to the misuse of confidential information by a lawyer against a former client. The first approach requires proof that the lawyer was actually possessed of confidential information and that there is a probability of its disclosure to the detriment of the client. The second is based on the precept that justice must not only be done but must manifestly be seen to be done. If, therefore, it reasonably appears that disclosure might occur, this test for determining the presence of a disqualifying conflict of interest is satisfied.

### *England*

The "probability of real mischief" test is the traditional English approach based on *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke, supra*. Rakusen was terminated from his employment. He retained Mr. Munday to discuss his legal position. When several months later Rakusen instituted proceedings with the assistance of new solicitors, the defendant company retained Munday's associate, Clarke. The court accepted the evidence that Clarke knew nothing about what had transpired between Rakusen and Munday. The passages set out below

peut influencer sur l'administration de la justice, est soumis à leur pouvoir de surveillance. Néanmoins, les normes exposées dans un tel code relativement à une question dont un tribunal est saisi doivent être considérées comme un important énoncé de principes. La règle énoncée au chapitre V doit donc être tenue pour l'expression par la profession au Canada de sa volonté d'imposer une norme très stricte qui régit la conduite des avocats dans une situation où des renseignements confidentiels pourraient être utilisés contre un ancien client. La règle énoncée repose sur le principe, accepté par la profession, qu'il faut éviter même l'apparence de manquement à la déontologie.

### Le droit

Au Canada et à l'étranger, la question de savoir s'il existe un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité a été résolue selon deux critères fondamentaux: premièrement, la probabilité de préjudice réel; deuxièmement, la possibilité de préjudice réel. Le terme «préjudice» s'entend du mauvais usage de renseignements confidentiels par un avocat au détriment d'un ancien client. Pour satisfaire au premier critère, il faut prouver que l'avocat a appris des faits confidentiels et qu'il est probable qu'ils seront divulgués au préjudice du client. Le second critère participe du précepte qui veut que la justice soit non seulement rendue mais qu'il soit évident qu'elle est rendue. Par conséquent, s'il semble raisonnable de penser que les renseignements pourraient être divulgués, l'on a satisfait au deuxième critère servant à déterminer l'existence d'un conflit d'intérêts entraînant une inhabilité.

### *Angleterre*

Le critère de la «probabilité de préjudice réel» est la solution classique suivie en Angleterre depuis l'arrêt *Rakusen v. Ellis, Munday & Clarke*, précité. Rakusen avait perdu son emploi. Il avait mandaté M<sup>e</sup> Munday pour étudier ses droits. Lorsque, plusieurs mois plus tard, Rakusen a engagé des poursuites avec l'aide de nouveaux avocats, la société défenderesse a retenu les services de Clarke, associé de Munday. Le tribunal a accepté le témoignage de Clarke qui avait dit ne rien savoir des faits confidentiels communiqués par Rakusen à

are most often quoted in support of the “probability” test. Cozens-Hardy M.R. stated, at p. 835:

I do not doubt for a moment that the circumstances may be such that a solicitor ought not to be allowed to put himself in such a position that, human nature being what it is, he cannot clear his mind from the information which he has confidentially obtained from his former client; but in my view we must treat each of these cases, not as a matter of form, not as a matter to be decided on the mere proof of a former acting for a client, but as a matter of substance, before we allow the special jurisdiction over solicitors to be invoked, we must be satisfied that real mischief and real prejudice will in all human probability result if the solicitor is allowed to act. [Emphasis added.]

Fletcher Moulton L.J. expressed himself as follows, at p. 841:

As a general rule the Court will not interfere unless there be a case where mischief is rightly anticipated. I do not say that it is necessary to prove that there will be mischief, because that is a thing which you cannot prove, but where there is such a probability of mischief that the Court feels that, in its duty as holding the balance between the high standard of behaviour which it requires of its officers and the practical necessities of life, it ought to interfere and say that a solicitor shall not act. [Emphasis added.]

There have been few cases in England since *Rakusen*, but the most recent case, *Re a Solicitor*, unreported, Chancery Division, March 31, 1987, summarized at 131 Sol. J. 1063, reaffirmed “the probability of real mischief test”. The court noted that it was not actually suggested that the solicitor had acquired “relevant knowledge concerning a former client” and the latter could not “think of any confidential information which he [had] communicated . . . and which might be relevant in connection with” the case (p. 4).

#### *United States*

The courts in the United States have generally adopted the stricter “possibility of real mischief” test. According to this approach, once it is established that there is a “substantial relationship” between the matter out of which the confidential information is said to arise and the matter at hand,

Munday. Les passages qui suivent sont très souvent cités à l’appui du critère de la «probabilité». Le maître des rôles Cozens-Hardy a déclaré, à la p. 835:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Je ne doute pas le moins du monde que les circonstances peuvent être telles qu’un avocat ne doive pas être autorisé à se mettre dans une situation où, la nature humaine étant ce qu’elle est, il ne pourrait effacer de sa mémoire les renseignements confidentiels que lui a communiqués son ancien client; mais, à mon sens, nous devons dans chacun de ces cas nous pencher non pas sur la forme, non pas sur la seule preuve du fait que l’avocat a déjà représenté ce client, mais sur le fond, avant de permettre que soit invoquée la compétence spéciale à l’égard des avocats, nous devons être convaincus qu’un préjudice réel s’ensuivrait, selon toute probabilité, si l’avocat était autorisé à agir. [Je souligne.]

Le lord juge Fletcher Moulton a émis l’opinion suivante, à la p. 841:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] En règle générale, le tribunal n’interviendra pas, sauf si un préjudice est prévu avec raison. Je ne dis pas qu’il est nécessaire de prouver qu’un préjudice surviendra, parce que ce n’est pas possible de le prouver, mais que, en cas de probabilité de préjudice telle que le tribunal estime, dans l’exercice de son devoir de soupeser la norme exigeante de conduite qu’il impose à ses auxiliaires et les nécessités pratiques de la vie, qu’il devrait intervenir, il doit le faire et ordonner à un avocat de ne pas occuper pour un client. [Je souligne.]

Peu de précédents anglais sont postérieurs à l’arrêt *Rakusen*, mais la décision la plus récente, *Re a Solicitor*, inédit, Chancery Division, 31 mars 1987, résumé à 131 Sol. J. 1063, a réaffirmé [TRADUCTION] «le critère de la probabilité de préjudice réel». Le tribunal a fait observer qu’il n’avait pas été allégué que l’avocat avait appris [TRADUCTION] «des faits pertinents concernant un ancien client» et que ce dernier ne pouvait [TRADUCTION] «se rappeler aucun renseignement confidentiel qu’il aurait communiqué [. . .] et qui pourrait être pertinent par rapport à» l’affaire (p. 4).

#### *États-Unis*

Les tribunaux américains ont dans l’ensemble appliqué le critère plus rigoureux de «la possibilité de préjudice réel». Selon ce point de vue, s’il a été prouvé qu’il y a un «lien important» entre la question qui serait à l’origine du renseignement confidentiel et la question en litige, il en découle une

there is an irrebuttable presumption that the attorney received relevant information. If the attorney practises in a firm, there is a presumption that lawyers who work together share each other's confidences. Knowledge of confidential matters is therefore imputed to other members of the firm. This latter presumption can, however, in some circumstances, be rebutted. The usual methods used to rebut the presumption are the setting up of a "Chinese Wall" or a "cone of silence" at the time that the possibility of the unauthorized communication of confidential information arises. A "Chinese Wall" involves effective "screening" to prevent communication between the tainted lawyer and other members of the firm. A "cone of silence" is achieved by means of a solemn undertaking not to disclose by the tainted solicitor. Other means which would constitute clear and convincing evidence that no improper disclosure has or can take place are not ruled out. See *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (2d Cir. 1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (S.D. Texas 1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (D. Delaware 1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (W.D. Washington 1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (E.D. Virginia 1981); P. W. Kryworuk, "Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense" (1985), 45 *C.P.C.* 1; "Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession" (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247, at pp. 1315-34.

In *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), Posner J., set out the rationale for the "substantial relationship" test which gives rise to an irrebuttable presumption that confidences have been disclosed by the client. He states, at p. 1269:

The "substantial relationship" test has its problems, but conducting a factual inquiry in every case into whether confidences had actually been revealed would not be a satisfactory alternative, particularly in a case such as this where the issue is not just whether they have been revealed but also whether they will be revealed

présomption irréfragable que l'avocat a appris des faits pertinents. Les avocats qui exercent au sein d'un cabinet sont présumés partager leurs secrets. Ils sont donc tous censés connaître les renseignements confidentiels. Cette présomption peut cependant être repoussée dans certains cas. Les moyens habituellement utilisés pour la repousser sont la mise en place, au moment où s'est présentée la possibilité de communication sans permission de renseignements confidentiels, d'une «muraille de Chine» ou d'un «cône de silence». Il s'agit dans le premier cas de mesures destinées à empêcher toute communication entre l'avocat en cause et les autres membres du cabinet. Dans le second, il s'agit d'un engagement solennel de l'avocat en cause de ne rien révéler. Il n'est pas exclu que d'autres moyens puissent être employés qui fourniraient une preuve claire et convaincante qu'aucune divulgation illicite n'a eu lieu ni ne peut avoir lieu. Voir *T.C. Theatre Corp. v. Warner Bros. Pictures, Inc.*, 113 F. Supp. 265 (S.D.N.Y. 1953); *Emle Industries, Inc. v. Patentex, Inc.*, 478 F.2d 562 (2d Cir. 1973); *E. F. Hutton & Co. Inc. v. Brown*, 305 F. Supp. 371 (S.D. Texas 1969); *Nemours Foundation v. Gilbane, Aetna, Federal Ins. Co.*, 632 F. Supp. 418 (D. Delaware 1986); *U.S.A. for the Use and Benefit of Lord Electric Co. v. Titan Pacific Construction Corp.*, 637 F. Supp. 1556 (W.D. Washington 1986); *In re Asbestos Cases*, 514 F. Supp. 914 (E.D. Virginie 1981); P. W. Kryworuk, «Acting Against Former Clients—A Matter of Dollars and Common Sense» (1985), 45 *C.P.C.* 1; «Developments in the Law—Conflicts of Interest in the Legal Profession» (1981), 94 *Harv. L. Rev.* 1247, aux pp. 1315 à 1334.

Dans l'affaire *Analytica, Inc. v. NPD Research, Inc.*, 708 F.2d 1263 (7th Cir. 1983), le juge Posner explique le fondement du critère du «lien important» qui fait naître une présomption irréfragable que le client a divulgué des renseignements confidentiels, à la p. 1269:

[TRADUCTION] Le critère du «lien important» pose des problèmes, mais faire un examen des faits dans chaque affaire afin de vérifier si des renseignements confidentiels ont été divulgués ne serait pas une solution satisfaisante non plus, surtout si, comme en l'espèce, il ne s'agit pas seulement de décider s'ils ont été divulgués,